

RECEBIDO EM: 02.11.2016

APROVADO EM: 13.02.2017

**O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL E SUA  
CONSISTÊNCIA ENQUANTO PROPOSIÇÃO  
LÓGICO-ARGUMENTATIVA – UMA ANÁLISE DO  
PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE EXPRESSO PELO  
MINISTRO DO STF CARLOS AYRES BRITTO EM  
SUAS OBRAS LITERÁRIAS E JULGADOS**

*THE FRATERNAL CONSTITUTIONALISM AND ITS CONSISTENCY AS A  
LOGICAL ARGUMENT PROPOSITION - AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF  
FRATERNITY EXPRESSED BY THE SUPREME COURT JUSTICE CARLOS AYRES  
BRITTO IN HIS LITERARY WORKS AND JURIDIC DECISIONS*

*Francisco Lopes Neto*

*Mestrando em Direito Constitucional,*

*Políticas Públicas, no Centro Universitário de Brasília (CEUB)*

*Especialização em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Teoria da Constituição e Humanismo como Categoria Constitucional - obras que tratam o princípio da fraternidade com excessiva abertura interpretativa; 2 Os indicadores de inferência como ferramentas úteis para o desvendamento da linha argumentativa; 3 Julgados emblemáticos invocando o constitucionalismo fraternal à luz do método de Alec Fisher – a retórica vence a lógica; 4 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é analisar os votos do ex-ministro Carlos Ayres Britto em julgados de grande complexidade nos temas Cotas Raciais, Lei de Biossegurança e União Homoafetiva, cotejando-os com suas duas obras que embasam o constitucionalismo fraternal: A Teoria da Constituição e Humanismo como Categoria Constitucional. Nesse estudo, a aplicação do princípio da fraternidade é colocada à prova frente aos parâmetros de interpretação de Alex Fisher em A Lógica dos Verdadeiros Argumentos. A defensabilidade do princípio da fraternidade transita bem frente às desigualdades sociais em que vivemos, mas a sua abertura semântica tende a remeter o intérprete para além das questões suscitadas nos caso concreto, principalmente quando se discutem questões de grande complexidade e de grande impacto no tecido social. Ao estabelecer critérios objetivos, com base em indicadores de inferência, pode-se identificar se a conclusão é aceitável em termos de lógica argumentativa, distinguindo-se daí os argumentos válidos dos inválidos, os bons dos maus. O crivo dessa análise mediante sua sujeição à pergunta de asseribilidade afasta a simples retórica, que visa simplesmente fazer o leitor aderir aos pontos de vista apresentados. Ao fim, percebe-se que as teses fundamentadas no constitucionalismo fraternal privilegiam a retórica emocional sobre a técnica lógico-argumentativa; e a consequência disso é a redundância argumentativa, a falta de foco no problema e, mais importante, a impossibilidade de se colocar ponto final nas questões suscitadas. Tudo isso colaborando para uma indesejável insegurança jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo Fraternal. Lógica Argumentativa. Indicadores de Inferência. Argumentos Retóricos. Insegurança Jurídica.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze votes of former Minister Carlos in decisions of great complexity concerning racial quotas, bio security and same-sex Union Law, by matching them with his two supporting works on the fraternal constitutionalism: The Theory of the Constitution and Humanism as a Constitutional Category. In this study, the implementation of the principle of fraternity is put to the test against Alex Fisher's parameters of interpretation in The Logic of Real Arguments. The defensibility of the principle of fraternity is an easy-going matter due to the social inequalities in which we live, but its large semantic gap tends to place the interpreter beyond the real issues raised in the case, especially when considering such complexes and large spectrum subjects of great social impact. When establishing objective criteria, based on indicators of inference, we can identify whether the conclusion is acceptable in terms of argumentative logic or not, distinguishing valid arguments from invalid ones, good ones from bad ones. The final test of

this analysis by its subjection to the confirmation question move way the simple rhetoric, which aims to make the reader simply adhere to the views presented. Finally, we comprehend that the arguments based on fraternal constitutionalism favor the emotional rhetoric over the argumentative logic technique; the outcome is redundancy, lack of focus on the problem and, more importantly, the impossibility of putting an end on the issues raised. All this being contributing factors for an undesirable judicial uncertainty.

**KEYWORDS:** Fraternal Constitutionalism. Argumentation. Inference Indicators. Rhetorical Arguments. Judicial Uncertainty.

## INTRODUÇÃO

A revista eletrônica CONJUR<sup>1</sup> divulgou um balanço da gestão do ministro Ricardo Lewandowski na Presidência do STF, quando passou a presidência da corte para a ministra Cármen Lúcia. Foram 5.379 processos encerrados apenas naquela gestão. Isso não representa um indicador nada auspicioso, na medida em que os 11 ministros da Suprema Corte não poderiam se desincumbir bem de suas funções em um espectro de demanda dessa magnitude. Mas o problema é maior quando se observa que os votos tendem a ser demasiadamente longos, especialmente aqueles que discutem questões de maior complexidade, situação claramente identificada com o advento da TV Justiça, a partir de 2002<sup>2</sup>. O resultado disso é a grande proliferação de decisões brilhantes na forma mas de difícil entendimento quanto aos protocolos da lógica argumentativa. Não raro, são prolatadas sentenças fartas em tamanho e erudição, mas comedidas em objetividade e em racionalidade.

O constitucionalismo fraternal, a despeito da sua louvável aptidão filosófica para garantir os direitos ínsitos à própria condição humana, presta-se ao estudo dessa conjuntura, justamente pela riqueza dos seus postulados como direito fundamental e pela estreita correlação com outros preceitos de igual envergadura jurídica como a igualdade, a liberdade e

---

1 CONJUR, *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, artigo editorial publicado em 11 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-11/ministro-ricardo-lewandowski-encerra-gestao-493-mil-decisoes>>.

2 FONTE, Felipe de Melo. TV Justiça. Votos do STF são cada vez mais para o grande público. CONJUR, *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, artigo publicado em 11 de setembro de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>>. Acesso em: 09 fev. 2017. Demonstra que a média histórica do Supremo pós-1988, considerados os anos de 1988 a 2012, é de 21,76 páginas por acórdão, o que deixa o Supremo pós TV Justiça superior em 32,44% à média histórica.

a dignidade. Decorre disso uma grande abertura interpretativa que dá margem a argumentos nem sempre válidos.

Ocorre que constitucionalismo fraternal tem forte influência humanista. E como quase todas as questões atuais (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência etc.) têm correlação direta com os direitos fundamentais da pessoa humana, praticamente qualquer tese pode ser manejada com fulcro no parâmetro da fraternidade.

Todavia, não se trata de avaliar o conteúdo ético-filosófico do constitucionalismo fraternal; mas importa saber se ele contribui ou não para elucidar os complexos casos que são levados à Suprema Corte. O problema pode ser colocado da seguinte forma: em que medida os parâmetros balizadores do constitucionalismo fraternal oferecem argumentos sólidos o suficiente para que se possa chegar a decisões conclusivas e aceitáveis juridicamente?

Para se chegar à resposta, serão abordadas, num primeiro momento, as duas obras-referência do constitucionalismo fraternal: A Teoria da Constituição e Humanismo como Categoria Constitucional, com o intuito de expor a grande abertura interpretativa que envolve o tema. Em seguida, será apresentado sucintamente o método desenvolvido por Alec Fisher em A Lógica dos Verdadeiros Argumentos, a fim de familiarizar o leitor com o método e de demonstrar a sua aptidão para uma análise da coerência argumentativa dos votos. Finalmente, os julgados selecionados serão analisadas com base nos indicadores de inferência, dentro das principais linhas argumentativas oferecidas.

O objetivo do estudo não é fazer uma crítica das obras, nem tampouco das ideias que ali estão sustentadas, mas entender o valor dos argumentos veiculados pelo constitucionalismo fraternal como critério de fundamentação da dogmática jurídica. Nesse aspecto, a metodologia é adequada para que se possa verificar como se dá a abertura interpretativa relacionada ao princípio da fraternidade (capítulo 1); a compatibilidade dos indicadores de inferência de Alec Fisher como instrumentos de análise em julgados dessa natureza (capítulo 2); e, por fim, como os votos proferidos são considerados sob o crivo desses mesmos critérios objetivos de análise (capítulo 3).

A pesquisa é dogmática, com vistas a trabalhar o conteúdo normativo do constitucionalismo fraternal, ou do princípio da fraternidade que lhe está diretamente associado. A metodologia consiste em identificar as principais

linhas argumentativas dos votos e submetê-las a uma análise qualitativa segundo os indicadores de inferência de Alec Fisher. A delimitação do assunto exclui o aspecto quantitativo e o mérito dos votos, pois se trata de um estudo meramente qualitativo das referências teóricas que promovem o constitucionalismo fraternal na decisão jurídica, a fim de prescrutar-lhes a consistência lógico-argumentativa mediante o cotejamento dos indicadores de inferência e de conclusão estabelecidos por Alec Fisher.

Optou-se pelas obras citadas porque são essas as principais fontes propagadoras do constitucionalismo fraternal na jurisprudência brasileira e por serem da autoria do próprio Ayres Britto, reconhecido agente de promoção do constitucionalismo fraternal nos ambientes jurisprudencial e acadêmico brasileiros. Escolheu-se os indicadores de inferência de Alec Fisher porque eles possibilitam estabelecer critérios objetivos para se definir a qualidade das premissas e se elas se relacionam entre si, tendo em vista o padrão textual normalmente composto por parágrafos e frases longos que dificultam a identificação da linha argumentativa. Pretende-se que essa metodologia ofereça condições seguras para se determinar se houve ou não o devido cotejo entre as conclusões dos votos e as razões que supostamente lhes deram fundamento. O primeiro passo é entender os pressupostos do constitucionalismo fraternal, por intermédio de uma análise de duas bibliografias que são referência no assunto.

## **1 A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E HUMANISMO COMO CATEGORIA CONSTITUCIONAL - OBRAS QUE TRATAM O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COM EXCESSIVA ABERTURA INTERPRETATIVA**

A ideia central da obra *Teoria da Constituição* é demonstrar o papel primordial da Carta Magna como fonte de direito, segundo uma lógica relacionada ao “reconhecimento da existência de uma lei que nasce para governar as outras leis”<sup>3</sup>. Defende-se a primazia do Direito Constitucional perante os demais ramos do direito e a aplicação dos princípios constitucionais, ao dizer que o termo hermenêutica da Constituição é mais adequado do que o termo interpretação da Constituição já que a hermenêutica trata da abordagem abstrata, ao passo que a interpretação é elaborada sob a luz do caso concreto. As normas-princípio têm o poder de atribuir unidade axiológica ao texto constitucional, impedindo o excesso de rigidez normativa. O princípios não apenas constituiriam vias interpretativas à disposição do juiz, mas formariam também uma maneira de fazer convergir suas decisões para um futuro melhor.

3 BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 122.

[...] é que certos princípios (dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, moralidade, eficiência), se traduzem numa materialidade ou estrutura conceitual em parte é atual e em parte é prospectiva... como janelas abertas ao porvir<sup>4</sup>.

A aplicação preferencial do modelo principiológico por si só já atrai para o instituto do constitucionalismo fraternal uma gama infindável de argumentos de base humanista em prol da igualdade, da liberdade, da equidade, da dignidade, da segurança, da educação, da saúde etc. Porém, o termo é tratado como um paradigma jurídico, pelo cuidado que é devotado aos grupos minoritários. Nessa ótica, o caráter fraterno seria uma das marcas registradas da CF 1988, sendo esse, o fundamento das políticas de ações afirmativas que marcam bem a fraternidade como “ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da liberdade, de um lado, e, de outro, da igualdade”<sup>5</sup>. Essa postura será recorrente no julgamento sobre a união homoafetiva (ADPF 132), quando foi defendida a interpretação conforme a constituição para o conceito de família, a especial proteção antidiscriminatória aos homoafetivos e a não distinção entre o homem e a mulher como titulares de garantias constitucionais.

Até alcançar o Estado Fraternal, o direito constitucional teria caminhado longo trajeto, desde a Carta Magna de 1215. Portanto, o constitucionalismo fraternal é visto sob o prisma de uma evolução histórica, tendo passado do modelo liberal, para o social, e daí para o fraternal. Só agora então poderia ser explorada essa nova dimensão das ações afirmativas, “que são atividades assecuratórias de abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como os negros, os deficientes físicos e as mulheres”<sup>6</sup>. Esse enfoque será reiterado em diversas passagens, mas em especial no julgamento das cotas raciais (ADPF 186), quando se afirma que a CF 1988 inaugurou o pluralismo no ordenamento jurídico brasileiro por razões raciais históricas, a despeito do fato de que o constitucionalismo fraternal é conceitualmente aberto suficientemente para garantir praticamente todos os direitos individuais e sociais, desde bem antes de 1988.

Tudo começando, embrionariamente, com a *Magna Charta Libertatum* de 1215, inaugural do que depois veio a se chamar de Estado de Direito. Este, por seu turno, a figurar como o primeiro elo dessa corrente de

4 BRITTO, op. cit., p.170.

5 Ibidem, p.218.

6 Ibidem, p.216.

que vieram a fazer parte, sucessivamente, o Estado Democrático de Direito (liberal por excelência), o Estado de Direito Democrático (eminentemente social) e agora o Estado de Justiça ou Estado Holístico (assim nos permitimos cunhar, face à crescente densificação dos princípios constitucionais e da própria constitucionalização de temas antes reservados à legislação comum ou de segundo escalão). Que é um Estado de funcionalidade fraternal<sup>7</sup>.

Em Humanismo como Categoria Constitucional, reflete-se sobre temas sociais à luz de uma justiça que só poderia ser obtida pela tomada de consciência do inseparável vínculo que existe entre humanismo e Direito. O termo humanismo seria uma exaltação à humanidade, como forma de expressão de uma vida coletiva civilizada que só atingiu a plenitude com o estado fraternal. Sintetizaria o relacionamento próximo entre humanismo e Direito pela expressão: “O Direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim”<sup>8</sup>, significando dizer que a democracia é ínsita ao humanismo, devendo portanto ser exercida sob o paradigma do compromisso assumido para com aqueles que estão na base da pirâmide social, e “não daquelas pessoas já situadas no topo da hierarquia estatal, ou econômica”.

A proposta é louvável. Entretanto, ao admitir o humanismo como fim, o constitucionalismo fraternal assume um conteúdo de interpretação excessivamente aberta. Não há como ponderar todos os direitos que convergem atualmente para questões rotineiras envolvendo educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência etc., pois todos eles têm correlação direta com os direitos fundamentais da pessoa humana. Dito de outra maneira, no âmbito do constitucionalismo fraternal, todos esses direitos têm proteção de direito fundamental, o que implica grandes dificuldades hermenêuticas.

Para o autor, a CF 1988 estabelece critérios humanistas claros no seu Art. 3<sup>o</sup><sup>9</sup>, mas que estão longe da realidade. Propõe o desenvolvimento de uma nova mentalidade voltada para a prática humanista, como única saída

7 BRITTO, op. cit., p. 210.

8 BRITTO, Carlos Ayres. *Humanismo Como Categoria Constitucional*. 2<sup>a</sup> reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 37.

9 Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: Art. 3<sup>o</sup> Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

para que se chegue a uma sociedade verdadeiramente fraterna e justa. Mais uma vez, agrega-se espaço interpretativo disponível para quaisquer linhas argumentativas de base humanista que cedem facilmente à retórica antes de serem submetidos a um encadeamento lógico de argumentos jurídicos.

São valorizados os métodos sistemático de interpretação, de forma a explorar o lado mais susceptível aos valores abstratos, assim entendidos “os bens coletivos que se aninham nas regiões ônticas do civismo, da ética, da verdade, da estética e da bondade”<sup>10</sup>. Isso tudo, lembra o autor, sem perder de vista que os valores constitucionais são referência para todo o ordenamento jurídico, que lhe deve obediência quanto à materialização do viés humanista que fundamenta a democracia. Esse enfoque poderá ser claramente reconhecido no julgamento sobre a lei da biossegurança (ADI 3.510/DF), quando foi defendida a validade das pesquisas científicas com células-tronco com base puramente nos cânones do constitucionalismo fraternal. Ali, argumentos de grande apelo emocional alinharam-se comodamente ao princípio da fraternidade, até porque é difícil posicionar-se contra as esperanças daqueles que dependem das pesquisas com células-tronco para sobreviverem.

Em resumo, nas duas obras percebe-se que o constitucionalismo fraternal é flexível o suficiente para atender a quaisquer demandas, até por se tratar de um instituto com elevada carga humanitária e principiológica. Justamente para não se perder em suas vastas possibilidades argumentativas, é preciso diminuir ao máximo a subjetividade da sua análise, como forma de garantir o perfeito entendimento dos argumentos que o sustentam. Isso será possível com o auxílio dos indicadores de inferência de Alec Fisher.

## **2 INDICADORES DE INFERÊNCIA COMO FERRAMENTAS ÚTEIS NO DESVENDAMENTO DA LINHA ARGUMENTATIVA**

O conceito normalmente aceito em lógica se refere a uma fórmula constituída de duas partes: premissas e conclusão. As premissas pressupõem informações essenciais que servem de base para um raciocínio. Se as premissas forem aceitáveis, a lógica as levará a uma conclusão também aceitável.

Como sem raciocínio não há lógica argumentativa, é preciso identificar os contextos nos quais há raciocínio e separá-los dos demais, já que “raciocinar ou argumentar a favor de algo consiste em oferecer

---

<sup>10</sup> Ibidem, p. 77.

fundamentos ou razões a favor de conclusões, e as razões são apresentadas a fim de sustentar, justificar, estabelecer, provar ou demonstrar a conclusão”<sup>11</sup>.

Por isso Fisher descreve, em *A Lógica dos Verdadeiros Argumentos*, um método sistemático para se extraírem argumentos aceitáveis de um texto. O método se aplica a todo tipo de argumentação, mas serve em especial para aqueles do dia-a-dia, que giram em torno da linguagem cotidiana, muitas vezes encontradas como forma de convencimento nos julgamentos jurídicos. Não abandona a lógica clássica, mas transita bem nessa informalidade útil que existe na defesa oral dos argumentos jurídicos.

Fisher demonstra com vários exemplos a instrumentalidade dos indicadores de inferência<sup>12</sup> que devem ser entendidos como palavras ou expressões indicadoras da presença de razões e de conclusões. Esses indicadores, quando localizados e analisados de maneira sistemática, são de grande valia, porque depois de se extrair os argumentos de seu contexto podemos chegar a uma conclusão aceitável do que foi dito. Via de regra, todos os argumentos têm ou deveriam ter, uma conclusão, que e normalmente poderá ser identificada pela presença de um dos seguintes indicadores de conclusão:

Logo, portanto, dessa forma, assim, conseqüentemente, o que prova que, concludo que, segue-se que, o que implica que, o que nos permite inferir que, deduz-se disso que, estabelece o fato de que, justifica a crença de que, demonstra que etc.

Todos os argumentos possuem, ou deveriam possuir, fundamentos ou razões que levassem às conclusões. Segundo Fisher, “uma razão é geralmente apresentada como verdadeira e como uma razão a favor de uma conclusão”<sup>13</sup>. Isso não é uma regra. Conforme alerta Fisher, é possível existirem palavras que sugerem razões que não existem: “não estamos dizendo que, independentemente do contexto em que essas palavras e expressões forem usadas, haverá uma razão; mas que costumam indicar a presença de uma razão”<sup>14</sup>. Portanto, é preciso criatividade e imaginação, algumas vezes, tanto para se verificarem as verdadeiras razões por trás dos indicadores como para verificar se razões de fato existem onde não há

11 FISHER, Alec. *A Lógica dos Verdadeiros Argumentos*. São Paulo: Novo Conceito, 2008. p.25.

12 Ibidem, p. 23. O autor se refere assim tanto aos indicadores de razões quanto aos de conclusão. Também podem ser entendidos como indicadores de argumento.

13 Ibidem, p. 25.

14 Ibidem, p. 25.

indicadores explícitos. Entre os indicadores de razões mais usados estão: porque, a razão é que, pois, em primeiro lugar, em segundo lugar, já que, uma vez que, pode ser inferido do fato de que, segue-se do fato de que.

Em resumo, o texto deve: 1 - ter premissas verdadeiras<sup>15</sup>; e 2 - sua conclusão deve decorrer dessas premissas. Mas, às vezes, é difícil desvelar o fio da meada em determinados argumentos, em especial nos extensos e complicados julgados do STF, compilados de debates orais, carregados, portanto de uma linguagem quase coloquial. Nem sempre é possível encontrar visualmente esses indicadores. Em algumas situações eles estarão implícitos, em outras nem existirão. Para isso, Fisher desenhou a pergunta de asseribilidade<sup>16</sup>, como uma forma oblíqua de encontrar os verdadeiros argumentos e de analisá-los. Que argumento ou indício me daria justificação para asserir a conclusão? O que teria eu de saber ou acreditar para aceitar a conclusão?

Somente se chegarmos a uma resposta racional é que se pode, como diz o autor, “olhar para longe” do texto, no sentido de se chegar ao verdadeiro significado daquilo que se pretende dizer, mostrar ou comprovar. A partir daí, poderemos usar a criatividade para “pensar as coisas rigorosamente”, para perguntar: “O que comprovaria isso?” ou “Como eu argumentaria a favor disso?”.

Segundo Fisher ainda, a maior dificuldade reside em saber se a conclusão realmente se segue das premissas e não simplesmente se estas são verdadeiras ou falsas. O teste para definir essa correlação é dado pela seguinte pergunta: As premissas poderiam ser verdadeiras e a conclusão falsa? Ou, com mais flexibilidade interpretativa: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível?

Com esses cuidados, ainda que as obras-referência imprimam grande espectro interpretativo ao constitucionalismo fraternal, como vimos no capítulo 1, o método de Fisher é extremamente útil para que se possa analisar objetivamente as principais linhas argumentativas identificadas nos votos seguintes.

---

15 No caso de serem premissas independentes, Fisher admite que apenas uma delas seja verdadeira.

16 *Ibidem*, p.33.

### 3 JULGADOS EMBLEMÁTICOS INVOCANDO O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL À LUZ DO MÉTODO DE ALEC FISHER – A RETÓRICA VENCE A LÓGICA

Esses julgados se referem aos questionamentos suscitados com relação à Lei de Biossegurança, às Relações Homoafetivas e às Cotas Raciais na UNB. Em todos eles, o constitucionalismo fraternal defendido por Ayres Britto será aferido pelos indicadores de inferência preconizados por Alec Fisher.

#### 3.1 Lei de Biossegurança<sup>17</sup>

O primeiro texto legal a regular o uso das técnicas de engenharia genética no Brasil foi a Lei 8.974, de 05 de janeiro de 1995, revogada pela Lei 11.105, de 24 de março de 2005, esta criada no intuito de melhor normatizar o assunto. A Lei 11.105/05 foi arguida em ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3510/DF) no dia 16 de maio de 2005, pelo Procurador-Geral da República com fulcro no seu do art. 5º e demais parágrafos. O principal argumento usado foi o de que esses dispositivos afrontariam os preceitos constitucionais do direito à vida e da dignidade humana. Em 29 de maio de 2008, o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei 11.105/05.

Evidentemente, em se tratando de um assunto tão complexo, vários pontos permanecem controversos e abertos a debates. A utilização de embriões humanos produzidos *in vitro* em pesquisas com células-tronco é um tema de notória polêmica, porque envolve questionamentos de ordem jurídica, moral, ética e filosófica. Quando se inicia a vida? É uma pergunta elementar, mas ao mesmo tempo de difícil resposta, tendo em vista o envolvimento de todas essas dimensões.

Nada obstante, em 29 de maio de 2008, o STF decidiu pela improcedência da ação direta por margem apertada de 6 votos contra (Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Melo); e 5 que julgaram a ADI parcialmente procedente (Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau).

17 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0/Distrito Federal*.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.

Acesso em: 13 set. 2016.

O relator, Min. Carlos Ayres Britto recorreu à interpretação sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, em prol do constitucionalismo fraternal, visto este como um aperfeiçoamento dos paradigmas liberal e social.

Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o advento do constitucionalismo fraternal, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é vida em comunidade (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade. *Trajatória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do Art. 3º da nossa Constituição: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária*. (grifo no indicador de conclusão).

Entendeu que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, sendo então dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), “livre exercício dos direitos individuais” (art. 85, III) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa e não ao embrião *in vitro*.

*Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado [...]. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (o ser das coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural. (grifo no indicador de conclusão).*

Salientou que o emprego das células-tronco embrionárias para os fins a que ela se destina não implicaria aborto, posto que a lei em questão

se referia a embriões derivados de fertilização artificial, obtida fora da relação sexual. Considerou ainda, que, se à lei ordinária seria permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento (Lei 9.434/97), e se o embrião humano de que trata o art. 5º da Lei da Biossegurança é um ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade do último diploma legal com a Constituição haveria de ser afastada.

*Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião in vitro, menos ainda um frio assassinato, porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo fraterna. O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o advento do constitucionalismo fraternal, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária [...] (grifo no indicador de conclusão).*

Ayres Britto defendeu a primazia do direito à saúde. Frisou que o § 4º do art. 199 da CF faria parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à saúde, direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196), cuja relevância pública se daria sob a égide de uma regra constitucional de cunho essencialmente fraternal. Na verdade, o bem jurídico a tutelar seria o infortúnio alheio, este preponderantemente sobre a vida do embrião “in vitro”, com base nos valores de uma sociedade fraterna regida pelo constitucionalismo fraternal.

*A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão cerebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Trata-se de uma opção legal que segue na mesma trilha da comentada Lei 9.434/97, pois o fato é que um e outro diploma normativo se dessedentaram na mesma fonte: o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, assim literalmente posto: “A lei disporá sobre as condições os requisitos que facilitem a remoção de órgãos,*

tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedado todo tipo de comercialização”. Providencial regra constitucional, essa, que, sob inspiração nitidamente fraternal ou solidária, transfere para a lei ordinária a possibilidade de sair em socorro daquilo que mais importa para cada indivíduo: a preservação de sua própria saúde, primeira das condições de qualificação e continuidade de sua vida. (grifo no indicador de conclusão).

Defendeu o desenvolvimento da pesquisa científica, registrando que o artigo impugnado seria um concatenado bloco normativo que contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica sobre as propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano *in vitro*<sup>18</sup>.

“Era do conhecimento”, ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões *in vitro*, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus.

Por fim, recorreu a exemplos de pessoas que, sofrendo com doenças degenerativas, depositam suas esperanças nos resultados obtidos a partir das pesquisas com células-tronco, validando assim a lei 11.105. Nomeou Isabel Fillardis, fundadora de duas ONGs e conhecida atriz de televisão, a falar assim da síndrome neurológica de que padece o seu filhinho Jamal, de quatro anos de idade:

O Jamal tem West, uma síndrome neurológica degenerativa, que provoca crises compulsivas capazes de destruir áreas do cérebro. Quando você se depara com uma questão como essa, a primeira preocupação vai além do diagnóstico: o pai quer saber se o filho vai morrer ou será dado como louco. Ele chegou a ter 15 crises num dia. Comecei uma corrida contra o tempo, até achar a medicação própria para interromper as crises. Esse é um tempo de incerteza, que no nosso caso perdurou pelos dois primeiros anos de vida”.

---

18 As células-tronco embrionárias são capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto.

Constituiriam, por isso, tipologia celular que oferece melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos.

Citou também o jornalista Diogo Mainardi, que tem um filho com paralisia cerebral, e o questionamento de uma “garotinha brasileira de três anos, parapléstica, que segundo relato da geneticista Mayana Zatz, havia dito: por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas”?

### **3.1.1 Linha argumentativa quanto ao fato de o constitucionalismo fraternal ser um aperfeiçoamento dos constitucionalismos liberal e social**

#### **A - INDICADORES DE RAZÃO**

- 1 – O constitucionalismo evolui por estágios constitucionais.
- 2 – Os estágios liberal e social foram incorporados pelo estágio fraternal.
- 3 – O advento do constitucionalismo fraternal tem por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária.

**INDICADOR DE CONCLUSÃO:** “Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do Art. 3º da nossa Constituição”.

#### **ANÁLISE**

As premissas são retóricas, porque simplesmente assumem que o constitucionalismo fraternal se deu por meio de uma natural evolução histórica e com base comunitária.

Como a conclusão não decorre naturalmente delas, cabe a pergunta: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível? Sim, porque é perfeitamente possível que o inciso I do Art. 3º da CF 1988 não reflita uma evolução dos constitucionalismos liberal e social, mas simplesmente a eficácia deles.

Como o indicador de conclusão não é claro, pode-se elucidar a linha argumentativa por intermédio da pergunta de asseribilidade: Que argumento ou indício me daria justificação para asserir a conclusão? O que teria eu de saber ou acreditar para aceitar a conclusão? Seria preciso aceitar o constitucionalismo fraternal sem maiores críticas, porque, ainda que ele possa ser considerado um estágio mais avançado do Direito, o

constituente de 1988 pode ter inserido o inciso I do Art. 3º da CF 1988 por razões tipicamente sociais e não fraternais.

O mais provável é tratar-se aqui de uma linha argumentativa retórica; afinal, a constituição cidadã teve uma grande preocupação quanto aos direitos sociais, com se depreende do seu Art. 6º<sup>19</sup>. O próprio Ayres Britto reconheceu que o constitucionalismo social e não o fraternal significa a preservação do real valor da igualdade, pela “preservação das conquistas liberais dos indivíduos e dos cidadãos contra o Estado; e pela desmanietação do Estado frente aos proprietários dos bens de produção”<sup>20</sup>.

### **3.1.2 LINHA ARGUMENTATIVA QUANTO AO FATO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NÃO PROTEGE OS DIREITOS DOS EMBRIÕES *IN VITRO***

#### **B - INDICADORES DE RAZÃO.**

- 1 - O embrião *in vitro* não tem cérebro e nem é alocado em útero materno.
- 2 - O embrião *in vitro* não tem chance de ser uma pessoa natural.
- 3 - O Art. 5º CF 88 diz respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.

INDICADOR DE CONCLUSÃO. “Assim, numa primeira síntese, a carta magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa”.

#### **ANÁLISE**

As premissas levam à conclusão, mas não são necessariamente verdadeiras. Além disso, a conclusão contraria a tese do constitucionalismo fraternal. Quanto à premissa 2, por exemplo, o ministro Cezar Peluso reconheceu no embrião o atributo da humanidade conforme trecho extraído de seu voto: “estou convencido de que o atributo de humanidade já está presente, tanto no embrião quanto nas demais fases do desenvolvimento da criatura”. Considerando esse ponto de vista, a premissa 3 demonstra até uma inconsistência da CF 1988 perante o Pacto de São José da Costa Rica,

19 Art. 6º CF 88 São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

20 BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 82.

nos artigos 1º, n. 2 e 3º<sup>21</sup>. O principal argumento do autor da ação direta - de que os dispositivos afrontariam os preceitos constitucionais do direito à vida e da dignidade humana -, podem ser perfeitamente defendidos com base nos parâmetros do próprio constitucionalismo fraternal, uma prova de que o instituto pode servir a ambos os lados da lide. Se há vida, como negar-lhe a dignidade amparada pela CF 1988? Esse o ponto defendido por diversos juristas simpatizantes da teoria concepcionista<sup>22</sup>. Em uma análise mais apertada, a conclusão de que “*a Carta Magna não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico*” contraria princípios caros ao próprio constitucionalismo fraternal.

### 3.1.3 Linha argumentativa quanto ao fato de que as pesquisas científicas com embriões *in vitro* não constituem aborto

#### INDICADORES DE RAZÃO

- 1 – O constitucionalismo fraternal incorporou o valor fundante da integração comunitária.
- 2 – As pesquisas com células-tronco embrionária são direcionadas para a superação do infortúnio alheio.
- 3 – O preâmbulo da CF 1988 qualifica a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna.

INDICADOR DE CONCLUSÃO. “Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião *in vitro*”.

#### ANÁLISE

A premissa 1 é retórica, pois tanto constitucionalismo fraternal como integração comunitária são termos de significado aberto. A premissa 2 é válida. A premissa 3 é retórica, pois apenas afirma o seu conteúdo; além disso, o termo sociedade fraterna também tem significado aberto.

21 Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Art. 1º, n. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. [...]. Art. 3º. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

22 GOMES, Delci. *Células-tronco embrionárias: implicações bioéticas e jurídicas*. Artigo de Revisão, Centro Universitário São Camilo, 2007. p.79.

Mesmo considerando-se verdadeiras as premissas, a conclusão não decorre naturalmente delas. Portanto, cabe a pergunta: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível? Sim, porque é perfeitamente possível que os argumentos humanistas disponibilizados pelo constitucionalismo fraterno possam ser utilizados também para defender a tese contrária, ou seja, a de que a Lei da Biossegurança despreza sim o embrião *in vitro*, (é aborto) ainda que para obter um ganho maior em termos de bem-estar alheio.

### 3.1.4 Linha argumentativa quanto à primazia da saúde sobre a proteção jurídica do embrião *in vitro*

#### INDICADORES DE RAZÃO

- 1 – A relevância pública do §4º do art. 199 da CF<sup>23</sup> se dá sob a égide de uma regra constitucional de cunho essencialmente fraternal.
- 2 – O infortúnio alheio tem prioridade no confronto com a proteção da vida do embrião *in vitro*, segundo os valores de uma sociedade fraterna.
- 3 - o § 4º do art. 199 da CF transfere para a lei 11.105 a possibilidade de sair em socorro daquilo que mais importa para cada indivíduo: a preservação de sua própria saúde.

INDICADOR DE CONCLUSÃO: “A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas”.

#### ANÁLISE

As premissas 1 é meramente retóricas, afirmando que o constitucionalismo fraternal é o motor capaz de alavancar a relevância pública do §4º do art. 199 da CF e o infortúnio alheio. A premissa 2 não é necessariamente verdadeira, pois o infortúnio alheio não tem prioridade no confronto com a proteção da vida do embrião *in vitro* para pessoas religiosas, por exemplo. O mesmo vale para a premissa 3, pois nem sempre a preservação da própria saúde vai se impor sobre a vida do embrião

23 Art. 199 CF 88. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 4º: A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

*in vitro*, considerando-se a possibilidade de advirem daí experimentos eticamente inaceitáveis.

Como a conclusão não decorre naturalmente das premissas como “única trilha” possível, cabe a pergunta: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível? Sim, porque, como já dito, o infortúnio alheio pode não ter prioridade no confronto com a proteção da vida do embrião *in vitro*, bem como nem sempre a preservação da própria saúde vai se impor nesse dilema. É perfeitamente possível que os argumentos humanistas disponibilizados pelo constitucionalismo fraterno possam ser utilizados também para defender a tese contrária, ou seja, a de que a Lei da Biossegurança despreza sim o embrião *in vitro*, (é aborto) ainda que para obter um ganho maior em termos de bem-estar alheio.

### 3.1.5 Linha argumentativa quanto à validade das pesquisas científicas com células-tronco, sob o espírito do constitucionalismo fraternal

#### INDICADORES DE RAZÃO

- 1 - As pessoas querem ajudar o próximo em um ambiente fraterno.
- 2 – Pesquisas com células embrionárias podem trazer melhorias ao próximo.
- 3 - Isabel Fillardis e Diogo Mainardi dependem das pesquisas com células-tronco embrionárias.
- 4 – Uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, disse: “por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas”.

INDICADOR DE CONCLUSÃO (implícito): Logo, as pesquisas com células-tronco são perfeitamente válidas, bem como a lei 11.105.

#### ANÁLISE

A premissa 1 é retórica, porque as pessoas querem ajudar o próximo em todo tipo de sociedade constituída em estado de direito, e não apenas no estado fraternal. A premissa 2 é categórica, mas encontra resistências, porque a ciência ainda engatinha nessa área; há claros limites terapêuticos

sobre da utilização das células-tronco. As premissas 3 e 4 são de caráter eminentemente emocional.

Como não há indicador de conclusão evidente, cabe a pergunta de asseribilidade: Que argumento ou indício me daria justificação para asserir a conclusão? O que teria eu de saber ou acreditar para aceitar a conclusão? Para acreditar que as pesquisas são válidas seria preciso aceitar o fato de que a vontade a ajudar o próximo é, por si só, suficiente para superar todos os argumentos contrários. Só que todos os argumentos utilizados em prol do constitucionalismo fraternal podem ser utilizados também para defender a tese contrária pela proteção do embrião *in vitro*. Além disso, o fato de as pessoas quererem ajudar o próximo (premissa 1) não significa que elas apoiem pesquisas com células embrionárias (premissa 2). Portanto, aqui, a conclusão se baseia unicamente no apelo emocional dos casos citados nas premissas 3 e 4 para validar a Lei 11.105.

### 3.2 UNIÃO HOMOAFETIVA<sup>24</sup>

O governo do Rio de Janeiro ajuizou a ADPF 132, argumentando que o reconhecimento da união homoafetiva iria de encontro a preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal.

A Procuradoria-Geral da República havia entrado anteriormente com pedido de interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, na ADI 4277, para que fosse reconhecida a união “entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família”. Em função disso, os mesmos argumentos foram trazidos novamente a juízo, quais sejam:

- 1 - o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar feriria os princípios da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal – CF;
- 2 – o princípio da igualdade (artigo 5º, caput, da CF);
- 3 - a vedação de discriminação odiosa (artigo 3º, inciso V, da CF);
- 4 - a liberdade (artigo 5º, caput); e

<sup>24</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277*. União Homoafetiva. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 13 set. 2016.

5 - e da proteção à segurança jurídica (artigo 5º, caput).

Nos dias 4 e 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade (10 a 0) que as uniões estáveis formadas por pessoas do mesmo sexo merecem a mesma proteção jurídica dada às uniões estáveis entre homem e mulher. O colegiado captou os costumes aceitos como válidos pela sociedade, justificando o voto como uma antecipação às modificações legislativas. Isso não é incomum. Foi assim com a separação de fato, antes da lei do divórcio; com o concubinato, antes da união estável; com a compartilhada, antes de sua regulamentação. Em todas essas situações, o percurso seguido pela evolução do direito foi nessa ordem: costumes, jurisprudência, legislação.

Ayres Britto votou pela procedência das ações, afirmando que o conceito constitucional de família ou entidade familiar é aberto e abrange cidadãos do mesmo sexo. Lembrou que o artigo 1.723 do Código Civil é quase uma cópia do parágrafo 3º do artigo 226 da CF. Mas ressaltou a diferença fundamental de que o artigo 1.723 do CC permite uma interpretação mais aberta:

Enquanto a CF nos fornece elementos para eliminar uma interpretação reducionista, o Código Civil não nos dá elementos, ele sozinho, isoladamente, para isolar dele uma interpretação reducionista” [...] o texto em si do artigo 1.723 é plurissignificativo, comporta mais de uma interpretação; [...] e, por comportar mais de uma interpretação, sendo que, uma delas se põe em rota de colisão com a Constituição, estou dando uma interpretação conforme, postulada em ambas as ações. (grifo no indicador de conclusão).

Ayres Brito invocou o constitucionalismo fraternal para subsidiar seus argumentos pela não discriminação do sexo, em busca de um equilíbrio na sociedade. Na sua visão, o constitucionalismo fraternal possibilita a eliminação do preconceito de sexo ao permitir que o indivíduo tenha metas mais positivas para suas vidas. Na sua ótica, a CF 1988 trouxe mudanças significativas em termos de direitos individuais, sendo que, a partir dela, o sexo pode ser visto como uma característica inseparável do ser humano, portanto, não categorizável como homem e mulher.

Bem de todos, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, bem de todos enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados

à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. [...] Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na Terra Brasilis pós-Constituição de 1988, o sexo das pessoas é um todo pró indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. *Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles.* (grifo no indicador de conclusão).

Afirmou que o constitucionalismo fraternal foi a porta de entrada para a efetivação de políticas públicas afirmativas, em prol dos segmentos sociais menos favorecidos, colocando nesse rol os homossexuais.

Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homo afetivos” [...] *Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico.* Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. (grifo no indicador de conclusão).

Citou os pensadores Nietzsche e Hegel como desbravadores desse caminho pela busca do aperfeiçoamento individual.

Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich

Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo (cito de memória).

Ayres Britto fez uma distinção entre amor e sexo, considerando o primeiro como um sentimento mais elevado, supondo que isso tenha inspirado Jung a considerar a homossexualidade como uma identidade psíquica e não como uma anomalia. Tudo isso sob os auspícios do preâmbulo da CF 1988.

Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. No particular, as barreiras artificial e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) corresponde a um derramamento de bÍlis que só faz embarçar os nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens, e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que “A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere “a liberdade” e “a igualdade” na lista dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”. *Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação.* (grifo no indicador de conclusão).

### **3.2.1 Linha argumentativa quanto ao fato de que o conceito constitucional de família requer uma interpretação conforme a constituição**

#### **INDICADORES DE RAZÃO**

- 1 - A CF 1988 fornece elementos para eliminar uma interpretação reducionista.

- 2 – O Código Civil não nos dá elementos, ele sozinho, isoladamente, para isolar dele uma interpretação reducionista.
- 3 – O artigo 1.723 do Código Civil comporta mais de uma interpretação, sendo que, uma delas se põe em rota de colisão com a Constituição.

INDICADOR DE CONCLUSÃO. “E por comportar mais de uma interpretação, sendo que uma delas se põe em rota de colisão com a Constituição, estou dando uma interpretação conforme”.

### ANÁLISE

A conclusão decorre das premissas, mas essas não são absolutas. A premissa 1 faz apenas alusão à força normativa da CF de 1988, no sentido de prevalecer seus princípios sobre as regras postas no Código Civil. As premissas 2 e 3 são questionáveis, pois o artigo 1.723 do Código Civil define textual e claramente que apenas é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher.

### 3.2.2 Linha argumentativa quanto ao fato de que o constitucionalismo fraternal protegeu homens e mulheres da discriminação

#### INDICADORES DE RAZÃO

- 1 – O preâmbulo da CF 1988 consagrou o constitucionalismo fraternal.
- 2 - O constitucionalismo fraternal nos autorizou a eliminar o preconceito advindo das relações homoafetivas.
- 3 – Na *Terra Brasilis* pós-Constituição de 1988, o sexo das pessoas passou a ser um todo pró indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital.

INDICADOR DE CONCLUSÃO: “Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles”.

### ANÁLISE

Todas as premissas são retóricas, assumindo como verdade que a CF 1988 trouxe uma nova proteção constitucional à questão discriminatória dentro de parâmetros fraternais. A linha argumentativa não permite concluir que proibir a discriminação em razão do sexo é proteger o ser humano “como um todo psicossomático”, ao ponto de não ser possível categorizá-los como homem e mulher apenas pelo sexo. A linha argumentativa serve mais ao propósito de conquistar a aceitação do público, conforme a concepção de Perelman<sup>25</sup> no sentido de que o discurso, para ser eficaz, deve ser adaptado aos leitores.

### **3.2.3 Linha argumentativa quanto ao fato de que o constitucionalismo fraternal permitiu que os homossexuais sejam tratados com mais proteção, ou seja, como homoafetivos**

#### INDICADORES DE RAZÃO

- 1 – O constitucionalismo fraternal está voltado para a integração comunitária, mais do que para uma simples inclusão social.
- 2 – A livre disposição da sexualidade do indivíduo é um autêntico bem de personalidade, no constitucionalismo fraternal.
- 3 - Os negros, os índios, as mulheres, os portadores de deficiência física e/ou mental e os homossexuais merecem encontrar a plenitude existencial.
- 4 - Nietzsche e Hegel também acolhiam a busca pelo aperfeiçoamento individual.

INDICADOR DE CONCLUSÃO: “Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico, ou seja, um autêntico bem de personalidade”.

#### ANÁLISE

A premissas 1 é retórica, ao apresentar a inclusão comunitária como sendo mais abrangente do que a inclusão social, mas isso tem pouco significado como argumento jurídico. A premissa 2 é retórica, pois apenas

<sup>25</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 143. Para o autor, a noção de auditório é central na retórica. Pois um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer.

afiança ao constitucionalismo fraternal o mérito pelo qual a sexualidade se tornou um bem de personalidade, intrínseca ao indivíduo. A premissa 3 não apresenta nada mais do que um direito constitucionalmente previsto para qualquer cidadão, com base no princípio da igualdade, pois todos têm o direito à plenitude existencial, o que quer que isso signifique. A premissa 4 é um apelo retórico instrumentalizado pelo argumento de autoridade, mas também com demonstração de erudição. O todo argumentativo serve, sobretudo, para angariar a adesão do público. Não foi demonstrado um silogismo que suporte o entendimento de que a livre disposição da sexualidade do indivíduo seja um instituto jurídico merecedor de especial proteção constitucional.

### **3.2.4 Linha argumentativa quanto ao fato de que não há distinção entre o homem e a mulher**

#### **INDICADORES DE RAZÃO**

- 1 – A liberdade e a igualdade estão na lista dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.
- 2 – O amor é um sentimento mais elevado do que o sexo, que está sujeito ao preconceito.
- 3 – Jung já dizia que a homossexualidade não é apenas uma anomalia patológica, mas uma identidade psíquica.

**INDICADOR DE CONCLUSÃO:** “Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina”.

#### **ANÁLISE**

A premissa 1 não é absoluta, porque a liberdade e a igualdade são direitos protegidos em todos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, fraternais ou não. A premissa 2 é uma afirmação retórica; e, ainda que o amor seja um sentimento mais elevado do que o sexo, isso não agrega qualquer valor argumentativo jurídico pela identidade entre homem e mulher. A premissa 3 traz a intenção de convencer pela citação de argumentos de autoridade.

Como os indicadores não têm conteúdo jurídico-argumentativo, cabe a pergunta de asseribilidade: Que argumento ou indício me daria

justificação para asserir a conclusão? O que teria eu de saber ou acreditar para aceitar a conclusão? Seria preciso outro tratamento hermenêutico para provar que as normas aqui não distinguem os homens das mulheres, embora a CF 1988 o faça em diversos dispositivos. Ou teríamos simplesmente que aceitar o fato de que o constitucionalismo fraternal induz a esse tipo de conclusão, como um dogma. De toda forma, nenhuma das premissas conduz categoricamente à conclusão de que as normas aqui não distinguem a espécie feminina da espécie masculina.

### 3.3 Cotas Raciais<sup>26</sup>

Ayres Britto sugeriu que a leitura contra o preconceito foi inaugurada pela CF 1988, por intermédio de uma visão nova e pluralista. Na sua ótica, foi a CF 1988 que trouxe esse espírito juridicamente mais avançado para o ordenamento brasileiro. Antes, não havia esse comando fraternal, que surgiu para aperfeiçoar o estado social fundado em um preconceito histórico.

A Constituição, a meu sentir, louvou-se numa verificação, numa constatação, no ponto de partida da nossa Constituição. Ali, no ponto empírico de elaboração constitucional, o que havia? Um Estado genérico e persistente de desigualdades sociais e raciais, a desequilibrar o País, na perspectiva do que a Constituição desejava também e proclamou: A harmonia, a solução pacífica dos conflitos. Isso na ordem interna e na ordem internacional. *Ou seja, o preconceito nosso é histórico.* Ele é perpetrado pela nação brasileira, o preconceito racial, desde o segundo século, o início do segundo século da nossa colonização. A Constituição foi além e partiu para a afirmação de uma sociedade fraterna, que é justamente um *plus* em relação ao social. Disse a Constituição: "... uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos..." (negrito no indicador de conclusão).

Para Ayres Britto, o constitucionalismo fraternal superou o estado social, porque permitiu uma verdadeira integração social no Brasil. Teria sido esse o motivo porque houve uma nítida separação entre os temas de ordem social e os de ordem fraternal na CF 1988.

É a própria Constituição que, a partir do preâmbulo, faz essa separação, do social e do fraternal. Não se contentou com o social; foi ao fraternal. Porque o social promove uma inclusão material, econômica, financeira,

26 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* 186. Cotas Raciais. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 13 set. 2016.

patrimonial. Mas o fraternal promove uma integração, possibilita a fraternidade, que todas as pessoas transitem em igualdade de condições, ao menos, aproximativamente, pelos espaços institucionais de que a sociedade se compõe: escola, família, empresa, igreja, repartição pública e, por desdobramento, condomínio, clube, sindicato, partido. As pessoas têm de transitar por esses espaços institucionais de que a sociedade se compõe com o mesmo desembaraço, com o mesmo respeito. *Por isso que a Constituição separa o social do fraternal* e diz, com todas as letras, para quem quiser conferir: “Art. 3º São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III. Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. (grifo no indicador de conclusão).

Para além dessa separação formal, houve outra distinção igualmente impactante, desta vez separando o social do racial. A CF 1988 teria feito isso com tanta clareza justamente porque o constituinte percebera a necessidade de derrubar as barreiras social históricas que foram erguidas contra os negros no Brasil.

Mas a Constituição abriu um outro dispositivo para separar o social do racial, é o IV. Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo [...]” - e aí vem. Mas não ficou nisso não, a Constituição quis mesmo cotas sociais diferentes de cotas raciais. É só ler o artigo 23. E é uma imposição normativa a todos os entes da federação brasileira. Diz a Constituição: Art. 23. É competência comum” - e competência aqui é dever - “da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...] X. Combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”. *O que a Constituição está dizendo é que historicamente há desigualdades nas desigualdades desfavorecendo os negros, pois é preciso que haja o plus da política pública promocional. Então, é preciso que haja uma política pública diferenciada no âmbito das próprias políticas públicas.* (grifo no indicador de conclusão).

Todo esse contexto de cunho fraternal justificaria a imposição de políticas públicas afirmativas como as engendradas pela UNB e discutidas no âmbito da ADPF 186.

O discurso da Constituição é coerente, é de reforço. Se historicamente há desigualdades nas desigualdades, atualmente tem que haver políticas públicas no âmbito das políticas públicas, as primeiras correspondendo a um plus. Não basta proteger, é preciso promover, elevar, fazer com que os segmentos ascendam.

Por fim, trouxe à discussão palavras de efeito postas por personalidades consagradas como Darcy Ribeiro e Rui Barbosa, para lhes servirem de lastro argumentativo em prol das políticas públicas afirmativas a favor dos negros.

Eu apenas terminaria, só para confirmar o espírito da própria Constituição, que usou a palavra raça num sentido coloquial, ou seja, histórico-cultural, não científico, não de ciência natural, e usou racismo também no sentido coloquial, proverbial, de acordo com as nossas práxis, dos nossos costumes desfavorecedores dos negros, Darcy Ribeiro disse o seguinte: “A característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide na origem racial das pessoas, mas sobre a cor da pele.” (Povo brasileiro, editora Companhia das Letras, p. 225). É nesse contexto brasileiro de multiracialidade para além da cor da pele, porque também pegam aqueles segmentos, aqueles povos que têm características histórico-culturais inconfundíveis, que a Constituição deve ser interpretada. Agora, o todo constitucional, sobretudo a sua densa axiologia de não discriminação e de proclamação de igualdade naquele sentido aristotélico e também retomado por Rui Barbosa, toda a política de promoção racial que se dote de proporcionalidade e de razoabilidade deita raízes, repousa no regaço da Constituição brasileira. (Indicador de conclusão implícito).

### **3.3.1 Linha argumentativa quanto ao fato de que de que a CF 1988 inaugurou o pluralismo no ordenamento jurídico brasileiro por razões históricas**

#### **INDICADORES DE RAZÃO**

- 1 – Antes havia um Estado genérico e persistente de desigualdades sociais e raciais, a desequilibrar o País.
- 2 – A CF 1988 foi além e partiu para a afirmação de uma sociedade fraterna, que é um *plus* em relação ao social.
- 3 – A CF 1988 proclamou a harmonia, a solução pacífica dos conflitos. Isso na ordem interna e na ordem internacional.

**INDICADOR DE CONCLUSÃO:** “Ou seja, o preconceito nosso é histórico”.

## ANÁLISE

As premissas 1 e 2 são retóricas, porque apenas afirmam que o constitucionalismo fraternal foi inaugurado com a CF 188 como um aperfeiçoamento do constitucionalismo social. A premissa 3 é igualmente retórica, porque está baseada no óbvio; afinal, toda constituição almeja a harmonia e a solução pacífica dos conflitos.

Como a conclusão não decorre das premissas, cabe a pergunta: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível? Sim, pois, mesmo que o constitucionalismo fraternal tenha sido colocado em prática a partir de 1988, o que já é duvidoso, pois seria preciso aceitar que as constituições anteriores não contemplavam essa mesma leitura pluralista, isso não significa necessariamente que o pluralismo tenha surgido por conta de uma ação sistemática contra o preconceito racial.

### **3.3.2 Linha argumentativa quanto ao fato de que a CF 1988 separou o social do fraternal, para melhor promover a igualdade**

## INDICADORES DE RAZÃO

- 1 – As pessoas têm de transitar com o mesmo desembaraço, com o mesmo respeito na escola, na família, na empresa, na igreja, no condomínio etc.
- 2 - O preâmbulo da CF 1988 não se contentou com o social; foi ao fraternal.
- 3 - O social promove apenas uma inclusão material, econômica, financeira, patrimonial.
- 4 – O fraternal possibilita que todas as pessoas transitem em igualdade de condições.

INDICADOR DE CONCLUSÃO. “Por isso que a Constituição separa o social do fraternal”.

## ANÁLISE

A premissa 1 afirma o óbvio, já que se trata de garantias normalmente asseguradas em qualquer estado democrático de direito. A premissa 2

qualifica o preâmbulo da CF 1988 como fraternal, mas não explica porque liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça são características fraternais e não sociais, por exemplo. As premissas 3 e 4 são retóricas, sugerindo que o constitucionalismo fraternal promovido pela CF 1988 possibilitou um avanço em termos de igualdade social.

As premissas não formam um todo argumentativo coeso o suficiente para comprovar que a CF 1988 separou o social do fraternal para o fim de promover a igualdade. Cabe a pergunta: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível? Sim, pois é possível que a igualdade seja obtida apenas com os direitos sociais previstos no Art. 6º, cuja dicção é bem mais categórica e abrangente do que a do preâmbulo da CF 1988.

### **3.3.3 Linha argumentativa quanto ao fato de que a CF separou o social do racial para evidenciar a histórica discriminação contra os negros**

#### **INDICADORES DE RAZÃO**

- 1 - O Art. 3º CF 88 prevê, no seu inciso III, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.
- 2 - A CF 1988 abriu outro dispositivo para separar o social do racial no seu inciso IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo.
- 3 - O Art. 23, inciso X, CF 88 estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização.
- 4 - Não basta proteger, é preciso promover, elevar, fazer com que os segmentos ascendam.
- 5 - Darcy Ribeiro já sabia que a cor da pele gera graves discriminações raciais no Brasil e Rui Barbosa já defendia a igualdade no sentido aristotélico.

**INDICADOR DE CONCLUSÃO.** “O que a Constituição está dizendo é que historicamente há desigualdades nas desigualdades desfavorecendo os negros”.

## ANÁLISE

As premissas 1 e 2 apresentam dispositivos constitucionais que protegem distintamente os direitos sociais dos raciais. A premissas 3 reforça o argumento, indicando separadamente a competência comum para promover a integração social dos setores desfavorecidos. A premissa 5 é um argumento de autoridade.

As premissas não levam automaticamente à conclusão, cabendo a pergunta: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível? Sim, pois o fato de que a CF 1988 tenha dispositivos separados para questões sociais e raciais não implica necessariamente que isso se tenha dado por conta do racismo histórico contra negros e nem que esse arranjo topográfico seja mais protetivo.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar com objetividade os julgados propostos pela pesquisa, vê-se que o constitucionalismo fraternal é interessante como figura linguística, mas não responde bem às complexidades dos temas atuais. Se o que se pretende é a efetividade da justiça, é preciso trabalhar as decisões jurídicas dentro de um conjunto coeso de ideias capaz de trazer uma resposta definitiva às questões.

Não há como deixar fazer uma ligação entre o constitucionalismo fraternal e o neoconstitucionalismo, pois ambos lançam mão de valores pouco definidos. Tudo é possível, a depender das preferências do intérprete. Contra esse estado de coisas, Galvão demonstra que, no fundo, esse pensamento multifacetário enfraquece o ideal do Estado de Direito, porque, ao fim e a cabo, acaba por servir ao um mero pragmatismo jurídico<sup>27</sup>.

O neoconstitucionalismo encontra-se, então, em uma encruzilhada. Enquanto pretensão apresenta-se como um discurso totalizante, sendo um descendente direto do constitucionalismo dirigente, cujo objetivo era preparar a transição para o socialismo. A ausência de um substrato normativo semelhante transforma essa doutrina em um discurso vazio, desaguando numa das mais virulentas versões do pragmatismo jurídico, em que nem as normas devem ser respeitadas nem há rumo

---

27 GALVÃO, Jorge Otávio Lavocat. *Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva: 2014. p.33.

a ser tomado, abrindo-se espaço para o arbítrio. Isso se torna muito evidente quando seus autores permitem a utilização de argumentos de política e sua ponderação com princípios: não há uma ordem de valores prioritários para esses teóricos, mas apenas preferências que cambiam a depender do contexto fático e, principalmente, de quem interpreta o texto constitucional. *Ao dissipar a densidade normativa das normas jurídicas e autorizar os juízes a decidirem com base em preferências pessoais o Neoconstitucionalismo golpeia com intensidade o conceito de Estado de Direito, aproximando-o do fim.* (grifo nosso).

O constitucionalismo fraternal, andando de mãos dadas com o neoconstitucionalismo, aparece como uma forma de valorizar o papel do intérprete, com o objetivo de fazer pender para o judiciário o poder político da nação. Vários subterfúgios são usados como instrumento dessa lógica: a força normativa da Constituição; os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a constitucionalização do Direito, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a derrotabilidade das regras perante os princípios etc. Ocorre que, sem uma referência normativa clara, o juiz fica livre para decidir como bem entende<sup>28</sup>. Tudo isso colabora para que o STF, no cumprimento de suas extensas funções como órgão julgador máximo, atente pela quantidade mais do que pela qualidade de suas decisões.

Todavia, o Estado de Direito requer que as normas jurídicas sejam respeitadas e que sirvam como guias de conduta. Contrariamente a essa lógica, a aplicação das teses abertas com base no constitucionalismo fraternal podem retirar segurança jurídica e prejudicar a eficiência do ordenamento jurídico, que funciona mais eficiente e previsivelmente com regras postas. Em muitos casos, os princípios devem ser manejados para sopesar direitos fundamentais, mas, extraordinariamente. Na verdade, as regras, essas sim, devem prevalecer, já que a CF 1988 é uma norma dirigente<sup>29</sup>, onde predominam regras e não princípios, na caracterização de Ferreira Filho. Ou seja, a CF 1988 foi concebida para definir programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos sob a forma de regras, como os dispositivos do Código Civil.

Pelo seu conteúdo aberto a praticamente todos os direitos judicializáveis, as balizas do constitucionalismo fraternal não oferecem argumentos sólidos o suficiente para que se possa chegar a decisões conclusivas e aceitáveis

28 GALVÃO, op. cit., p.23.

29 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.156.

juridicamente. Em termos argumentativos, como se viu na análise das decisões, é difícil haver cotejo entre as conclusões e as razões que lhe dariam fundamento. Encontra-se, ao contrário, referências pontuais a argumentos genéricos fundamentados em retórica. A lógica jurídica, portanto, não consegue funcionar como limite ao julgador; atua, ao revés, como uma conveniente oportunidade para sustentar pontos de vista pessoais e preconcebidos.

A visão humanista, marcadamente impressa no constitucionalismo fraternal, acaba por negar o seu próprio desígnio, dificultando a proteção constitucional que pretende garantir às minorias. Nos casos analisados, ao invés de silogismos convincentes, baseados em premissas de certeza absoluta, temos argumentos de mera possibilidade. Ao invés de fórmulas analíticas, prevaleceram citações e metáforas que buscaram obter o convencimento pela emoção, quando não por simples argumentos de autoridade.

O efeito disso é o de que as razões apresentadas com fundamento do constitucionalismo fraternal dificilmente poderão levar a uma solução definitiva para casos futuros semelhantes. Como há uma correlação direta com os direitos fundamentais da pessoa humana, praticamente qualquer tese contrária pode ser manejada com fulcro nesses mesmos parâmetros. Decisões sem consistência lógico-formal não são bem-vindas, porque abrem as portas a insegurança jurídica, este sim um problema grave a ser enfrentado com decisões jurisprudenciais claras e objetivas.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. *Humanismo Como Categoria Constitucional*; 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 set. [...]2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação *Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0/Distrito Federal*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 13 set. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277*. União Homoafetiva. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 13 set. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186*. Cotas Raciais. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 13 set. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510* / Distrito Federal – Lei da Biossegurança. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 13 set. 2016.

CONJUR, Revista Eletrônica Consultor Jurídico, artigo editorial publicado em 11 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-11/ministro-ricardo-lewandowski-encerra-gestao-493-mil-decisoes>>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FISHER, Alec. *A Lógica dos Verdadeiros Argumentos*. São Paulo: Novo Conceito, 2008.

FONTE, Felipe de Melo. *TV Justiça*. Votos do STF são cada vez mais para o grande público. CONJUR, Revista Eletrônica Consultor Jurídico, artigo publicado em 11 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

GALVÃO, Jorge Otávio Lavocat. *Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva: 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 14 set. 2016.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GOMES, Delci. *Células-tronco embrionárias: implicações bioéticas e jurídicas*. Artigo de Revisão, Centro Universitário São Camilo, 2007.

